IESVS, MARIA, IOSEPH.

BREVE DISCVRSO, EN QVE SE MANIFIESTA QVE EL SEÑOR OBISPO NO HA INTERPVESTO APELACION, QVE DEBVELVA el conocimiento al Iuez Superior, ante el Executor de la gracia de pension, que tiene el P. Fr. Rodrigo Palafox.



ES principio elemental en la Iurisprudencia, que del fecho nace el derecho, *l. si plagis 53. §. in clivo, ff. ad leg. Aquil. l. fin. in princ. de iur. iur. l. servus, C. de cond. & demonst.* Belon. *cons. 5. in puncto in princ.* Ancharr. *cons. 254. núm. 2 vers. Quando*, y que qualquiere mudãça, aunq̃ muy leve, destruye, y trueca las resoluciones, *l. si is, de excus. tutor. cap. fin. de contrahend. empt.* Federic. de Sen. *cons. 152. in princ.* Bellam. *cons. 48. nu. 15.* En el del processo del Iuez Executor desta gracia, veo por entrambas partes algunas equivocaciones; y aunque en el Consejo se advirtiràn todas puntualmente, por aplicar las theoricas, que conforme a derecho les corresponden, de que han de resultar varios efectos, vtiles al beneficio de la justicia, fin a que todas las partes dirigen sus consideraciones. En defensa del buen derecho del Pensionista, se ha copiado fielmen-

te, y como està en processo, para que V.S. teniendolo sie-pre a la vista, pueda con mas prontitud, y seguridad, elegir a qual de las dos partes assiste la justicia.

Suponiendo, q̃ para resolver, si la apelacion suspende, no se ha de atender a lo que el señor Obispo pudo oponer, sino à lo que especificamente opuso; porque las excepciones no aprovechan, si las partes no las oponen, Cravet. *cons.60.num.5.* Fulgos. *cap.138.in princ.* Roman. *cap.15.num.4.* Parisius *cons.169.nu.5.lib.4.* Bartol. *in l.absente.ff.de pœnis*, Felin. *in cap.inter Monasterium, num.23.de re iudic.* Giurb. relati à Salgad. *par.2.cap.18. nu.73.* Y mucho menos para interponer apelacion, latissimè, & cum pluribus Salg. *de Reg.protect. part.2.cap.2. à num.13.* porque como esta requiere necessariamente grauamen executado, ò cominado; de lo que no se ha opuesto, no puede auer vno, ni otro.

Las excepciones opuestas han de ser releuantes, y legitimas, de otra suerte no aprouechan, Salg. *de Reg.protect.part.2.cap.1, num.68.* ibi: *Vnum obiter attende, quod exceptio, vt admittatur debet esse releuans, & tunc releuans, & legitima dicetur, quando provenit à causa, quæ iustam præbet causam appellandi*, Oldrad. *cons.223. circa primum in princ.* Federicus de Senis, *cons.90. vers. Dixi, & dico*, Cardin. Tusch. *pract.tom.3. lit. E. conclus.378. num.1. & in conclus.399. in princ.* Anchar. *cons.416. plures, num.4. vers. Quarta exceptio, & alij per eum.*

Y finalmente, es necessario probar la verdad dellas: de otra suerte, no ay gravamen, *cap.interposita 70.de appel.* vbi Anton. de Butr. *num.5. & 10.* Abbas *nu.1.* Franchus *nu.1. vers. Tene menti primo*, & vers. *Tene menti aliam*, ni se debuelve el conocimiento al Iuez de apelacion, Cardin. Alex. *in d.cap.interposita, num.1. vers. Nota primo.* Aunque la excepcion parezca legitima; porque por no

aver-

averla admitido no ſe prueba, que fue juſta la cauſa para apelar,ni el gravamen juſtificativo de la apelacion, de communi teſtatur Salgado *d.p.2.cap.1.num.70.* & in fine dicit: *Poſſe reum opponere exceptionem in ſe legitimam:ſed tamen fictam, & non exiſtentem in caſu ſuo, & ſic foret oppoſitio calumnioſa, & tunc Iudex non ſolum non gravat, ſed prudenter reijcit.* Barboſa *in praxi exig.penſ.quæſt.7. num.17.* Eſta regla no procede en los caſos en los quales de veritate exceptionis per ſe patet,que los refiere Salgado vbi proximè *à num.71.vſque ad* 80.

La de que la verificació de la clauſula *dummodo,* avia de preceder al mandato,ò monitorio, no eſtà opueſta en ninguna cedula:Luego en ella no podrà fundar agravio, ni apelacion.

En las que opuſo el ſeñor Obiſpo en ſus reſcripciones, ay vnas, que reſultan de los documentos exhibidos por el penſioniſta, y otras que neceſsitan de pruebas extrinſecas: de eſtas vltimas no ay que hazer caſo, porque no ſe probaron, ni quiſo el Procurador del ſeñor Obiſpo, que le aſsignaran termino para probarlas. Las que reſultan de lo exhibido por el penſioniſta,es a ſaber la de aver narrado en la Bula de la retencion, que eſtava en poſſeſsion de cobrar; y en la de nuevos Executores, que haſta entonces no podia aver cobrado, quedan convencidas con la lectura de las miſmas Bulas. La de que,los que no ſon naturales,no pueden ſer Executores, eſtà baſtantiſsimamente ſatisfecha, y ſe ſatisfizo de ella el Executor, por lo que entrambas partes dixeron ad ſacietatem en ſus reſcripciones,y por el decreto de la Corte: Luego no le queda excepcion,que tenga relevancia,ni en que fundar el agravio para apelar: Y ſi a mas de ſer relevantes, ha de probar la verdad dellas; en las que no produxo prueba, eſtarà; excluido en las que

fun-

fundò en los documentos del pensionista està convencido con ellos; Luego por faltarles todos los requisitos, que estan advertidos, no puede aver apelacion que debuelva, ni suspenda.

Aunque compareciò, y opuso las excepciones que resultan del fecho, como no apelò en los diez dias desde el de la notificacion, ni en los quinze, que se prefixen en el mandato, no podra despues con el pretexto de que la liquidacion, ò verificacion no precediò a su concesion, apelar de la declaratoria, porque esta no le grava, sino la interlocutoria que lo proveyò, Salgad. inferius alegand. *p. 2. cap. 3. num. 7. & 16.* En estos terminos escriviò D. Ioseph Vela *dissert. 24. num.* 35. en donde despues de aver alegado gran numero de Autores, cita a Lara *de Ann. lib. 1. cap. 10. num. 79.* y dize: *Vbi id eleganter limitat, ita demum procedere, nisi mandato de exequendo ante liquidationem decreto, & in discursu liquidatione facta, sententiam pronuntiaret, à qua eo prætextu appellaretur, quod liquidatio non processit executionis mãdatum. Nec enim ob id reuocanda est addictionis sententia, & realis executio eius vertute facta, cum interim saltim liquidatio emanauerit.*

Lara *d. lib. 1. c. 10. n. 79.* aunque siente, q̃ ha de preceder sumaria liquidacion a la concessìon del mandato, no haviendo apelado de su provision, dà por llano, que no podrà apelar de la sentencia de remate, fundando la apelacion en esse agravio: *Limita tamen prædicta, in casu quo facta executione sine prædicta liquidatione, debitor exequtus non appellasset: nam si in discursu executionis fieret liquidatio, & Iudex pronunciaret sentẽtiam, quæ vulgo dicitur* de tranze, y remate, *à qua esset appellatum, & petatur retractatio eo prætextu quod liquidatio non præcessit executionem, nam tali casu non retractabitur sententia; non enim est revocandum, quod debet*

fie-

fieri de novo, l.fin.ff.quod met. cau.

Fundô su doctrina en Covarrub.*var. d.lib.2. cap.11. num.*1. *vers. caterum in fine*,ibi: *Si a precepto appellatum non fuerit, & facta sit executio, atque intra decem dies certa diffinita fuerit, quantitas, pronuncieturque a iudice peragendam esse, & finiendam bonorum subhastationem, à qua pronunciatione sit appellatum, tunc non solet revocari iudicium executionis, ex hoc defectu certæ quantitatis; nec ex eo quod præceptũ à iudice processerit intempestivè, & ita fit frequentissime, censeturque iudicum istud, iure executionis etiam apud iudices appellationis.*

Mas claro Amator Roderic.*de execut.sent.cap.*1.*arti.*4.*num.*30.ibi: *Quare si a præcepto, seu iudicis mandato, quo executionem fieri iubet, reus appellauerit, per superiorem executio revocanda erit; sin vero appellare nequiverit, & actor in prosecutione executionis liquidationem fecerit, rectè sententia addictionis, seu* de remate, *proferetur. & quamvis ab ea appelletur, non revocabitur præceptum illud executionis.*

No puede omitirse Parlador.*lib.2.rer.quotid. cap.fin.* 1.*p.* §. 12. *num.* 29. ibi : *Si Iudex non facta liquidatione illud exequatur; non tam nullitatis, quam gravaminis vitio laborabit executio: Quo fit, vt si reus à decreto, seu mandato executionis appellaverit revocanda fit à superiore executio; sin verò non appellaverit, & actor inter peragendam executionem, liquidationem fecerit, rectè sententia addictionis, seu remate proferetur.*

Diò la razon Salgado *de Reg.protect.p.2. cap.*3. *num.* 7.ibi: *Si non potest appellare à primo, puta quia prohibitum est à iure, vel ob transitum in rem iudicatam, quia lapsus fuerit terminus ad appellandum; pariter nec poterit appellari à secundo; quoniam primus est, qui grabat non secundus, qui ad effectum perducit alterum,*

ita eleganter docet Bald. *in l. ſi cum exceptione, §. Hæc autem actio, ff. de eo quod met. cauſa,* Felin. *in cap. quo ad conſultationem, num.* 14. *ante fin. de ſentent. & re iudic.* Eſcacia *de appellation. quæſt.* 17. *limit.* 10. *num.* 11. & poſt Bald. & Felin. tenet Capic. *deciſ.* 1. *num.* 23. *cum alijs.*

En todo el proceſſe no ſe hallarâ interpueſta apelaciõ del mandato, ni opueſta formiter eſta excepcion, como ſe ha aduertido, ſino en el libelo de la apelacion (que ſe propuſo in ſcriptis) de la declaratoria; eſta es execucion de aquella prouiſsion: Luego no auiendo apelado enton ces, no puede tener deſpues efecto alguno la apelacion.

Aunque deſpues de paſſados los terminos perdiô el ſeñor Obiſpo el derecho de apelar de la conceſsion del Monitorio, ô Mandato, por auer paſſado en coſa juzgada: Tenia el de pidirla reuocar; porque las interlocutorias para el Iuez no paſſan a eſſe eſtado, y puede en qualquiere tiempo reuocarlas, contrario imperio, *l. quod iuſsit de re iudic.* vbi Iaſſon. Tiraquel. & cæteri, & Franc. Abbas, & omnes Canoniſtæ, *in cap. cum ceſſante de appellat.* Felin. *in cap. qualiter, & quando de accuſſat.* Salg. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 19. Y el de apelar de la denegacion de la reuocacion, idem Salg. *vbi proximè, num.* 20. *&* 21. Eſta diligencia no ſe hizo, ni ſe intentô, con que reſpecto de la apelacion de la interlocutoria q̃ lo concediò, no podrà apelar en tiempo alguno: Luego aunque aya apelado de la declaratoria, no puede obrar efecto alguno la apelacion, porque es execucion de la ſentencia que no apelò.

Por el miſmo medio en terminos, al parecer propios del caſo en que eſtamos, lo prueba Salgado *dict. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 12. ibi: *Inde inſuper ex noſtra principali doctrina infertur, quod ſi Iudex tullerit aliquam ſententiam, ſiue interlocutoriam, ſiue difinitiuam, cuius*

lap-

lapsi sint decem dies, demum citat illum, quem officit sententia ad videndum se declarari, & denuntiari, tunc ab ista citatione, & monitione, non poterit validè appellari post lapsum decem dierum à die principalis grauaminis, & sententiæ; cum ista veniat in illius executionem, y cita a Andres Barbacia, Angelo, Lanzeloto, Roberto, Nicolas Garcia, Cesar, Contardo, Galesio, Cancer, Marquesano, y otros.

El mandato contenia, que el Señor Obispo dentro de 15. dias pagase, ô mostrase aver pagado, ò la razon que a su justicia convenga, alias aquel pasado se le citava a verse declarar aver incurrido en las censuras contenidas en la Bula de la reserva; esta declaracion es execucion de aquella interlocutoria: Luego no aviendo apelado de ella no podra apelarse de la declaracion, es puntualissimo Barbosa *in praxi exig. pen. p. 1. quæst. 7. nu. 2.* ibi: *Post cuius excomunicationis declarationem, si pars allegat exceptionem legitimam, illa non poterit impedire effectum censuræ, iam productum tempore habili, in quo nihil fuit oppositum, quod illum posset reprimere, argum. tex. in cap. pastoralis, §. verum, & in cap. ad hæc de appellat. cap. ad reprimendum de officio ordinarij, cap. is qui, §. fin. de sent. excomunic. lib. 6. & est lex* Regia *Castellæ. 21. tit. 9. part. 1. late Salgado de Reg. protect. p. 2. cap. 5. num. 3. cum seqq. vbi late quando excomunicatio sub termino aut conditione lata est, & intra terminũ, aut conditione pendente contradicat, & appellet gravatus, tunc solum suspenditur eius effectus, cum adhuc non fuerit in esse productus.*

La excepcion de no aver precedido la liquidacion al mandato, la opuso pasados los terminos despues de declarado el incurso de las censuras: Luego por essa excepcion no podra pretender gravamen justificativo para apelar, porque perdiò el derecho de oponerlo, y quejarse per lapsum termini.

Buel-

Buelve a repitir la razon de esto Salga.*de protect.* en la *p.2.cap.3. num.* ibi: *Et omnium ratio illa est potissima, quoniam iste actus qui venit in complementum prioris, non est qui grauat, sed prior, & sic ad appellationem interponendam, ille prior actus, eius qualitas, tempus, & natura, qui est causa grauaminis, super quo fundatur appellatio, de necessitate inspici, & attendi debet non iste secundus.*

En el caso presente tiene mas fuerça lo que se ha fundado, porque en la Firma que obtuuo el señor Obispo, no se hizo merito, ni se alegô otra apelacion, que la interpuesta de la declaratoria; esta no aprouecha: Luego no ay apelacion en que fundarla: Tambien se dize, ex abundanti, que aunque se huuiesse hecho merito de otras que ay en processo, no podria sustentarse la Firma, por lo siguiente.

En quatro ocasiones se halla que apelô el señor Obispo. La primera, quando se le intimò el monitorio, que respondiò, que lo oìa, y tenia por intimado, y apelava de qualesquiere censuras. Esta apelacion es invtil, por lo que puntualissimamente dixo Salgado *de Reg. protect. par. 2. cap. 2.* ibi: *Hinc est, vt non sufficit si condemnatus voce dicat appello, vt puta ad intimationem sententiæ sibi factam per tabelionem; & ipse pro responsione dicat, quod appellat, à dicta intimata sententia, faciatque, & requirat notorio, vt illam appellationem, & responsionem in scriptis redigat incontinenti: quia non dicitur in scriptis facta appellatio; cum aliud sit, quod quis teneatur appellare in scriptis; aliud verò quod appellatio voce facta per alium redigatur in scriptis.*

La segunda, quando pareciò Procurador del señor Obispo, y opuso la excepcion, Fori declinatoria, en la primera Cedula, en que dixo, que ante todas cosas apelaua *de las penas, y censuras de dichas assertas letras, y lo*

en

en ellas contenido. Esta no puede ser de consideracion, por tres razones. La primera, porque la interpuso fuera del termino, Salg. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 5. *num.* 8. *& in locis supra relatis.* La segunda, porque no obstante essa apelacion, pidiò al Iuez que pronunciasse, sobre los meritos de la causa. La tercera, porque no se diò libelo in scriptis, ni especifico agravio, que deuia darse, como se fundarà en las siguientes.

La tercera, quando a 17. de Agosto apelò el Procurador del señor Obispo, de la pronunciacion, *Forè procedendum ad vlteriora*; esta es de menos consideracion, porque su fundamento lo reprueban todos los Doctores, y para que se pueda hazer concepto con claridad, breuemente se repite: Que auiendo comparecido Procurador del señor Obispo, y dado su Cedula, y rescrito por parte del Pensionista; boluiò el Procurador del señor Obispo a rescribir lo contenido en las tres rescripciones que se copian en el fecho. Alli alegô cosas que necessitauan de prueba extrinseca; y por el Pensionista se auia alegado en la misma conformidad: Pidiò este que se asignasse a las partes termino a probar lo contenido en las Cedulas de ambas partes, y el Procurador del señor Obispo dijo, que ante todas cosas se auia de pronũciar, que no se auia de passar adelante. Es constante, que se les ha de conceder termino a las partes, y que de la denegacion, de el tiene entrambos efectos la apelacion, vt punctim docuit Salg. *de Regia protect. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 122. ibi: *Idem etiam declarauit Senatus, quotiens coram ipso conqueratur de Iudice non deferente appellationi, à denegatione termini ad probandum,* refiere a muchos, y se ha de ver lo que deja dicho desde el num. 74. con los siguientes: Luego se le imputaria sino huuiesse passado a asignar termino como lo hizo.

Tambien es nula, porque no se interpuso in scriptis,

 idem

idem Salgado *d.p.2.cap.2.num.75.* ibi: *Ex alio etiam capite potest dici appellationem nullam, & minus legitimam, eo scilicet, quod non est interposita in scriptis, nam sive sit difinitiva sive interlocutoria, nisi in scriptis emittatur nulla redditur.* Dio la razon el texto en el capitulo 1. *de appellat. in* 6. que es para que se especifiquen los gravamenes, y el Iuez vea por ellos si debe, ò no revocar la sentencia.

Regla que milita con especialidad en las interlocutorias, como elegantissimamente lo advierte el doctissimo Pedro Gregorio Tholosano, *in tract. de appellat. lib.6. cap.1. num.7.* ibi: *Quod maxime interest notosse, eo quod vltra causam gravaminis expressam, qui appellat ab interlocutoria, non potest aliam in causa appellationis prosequi, d.cap. cum causam, &* ibi *glosa, & cap. vt debitus honor de appellat. quo fit vt etiam Papa rescribat in appellationibus per clausulam si est ita.*

La quarta es, la que se interpuso con libelo in scriptis de la declaratoria, que a mas de lo que se ha dicho tiene en contrario la regla de derecho, que deven especificarse las causas, y agravios en que funda su apelacion, para que se vea si son verdaderas, y relevantes, Salgado de *Reg. protect. p.2. cap.2. nu.13. &* 14. ibi: *Tertio probatur; quia causa gravaminis debet necessario, & præcissè in appellatione ab interlocutoria exprimi, & aliter oppellatio non tenet, ET HOC NON IN GENERE, sed in specie*, cita a muchos, y prosigue en el 14. *Nec sufficit dicere appello ab iniquitate sententiæ, & pro causa grauaminis allego omnes causas, quæ ex actis colligi possent.* Las que explicò son contra el hecho, pues dize que procediò merè executiue, auiendo oìdo a entrambas partes lo que rescriuieron: La otra, que explicò tenia cosa juzgada contra ella, porq̃ no apelò del mandato, segun se dijo. Las demas las opuso generalmē-

te,

te, y no aprovecha, como se ha probado.

Finalmente como resulta del fecho en las rescripciones que diô el Procurador del señor Obispo, aunque en todas repitiô al principio las protestaciones primeras de que no consentia en el juizio, jurisdiccion, ni Iuez: propuso excepciones tocantes a los meritos de la causa, como son, la de que no estaba en possession el pensionista, (de que el Executor puede, y debe conocer; la de que por no averse verificado al tiempo de la gracia, y que por aver passado seis meses, sin hazer la verificacion, quedò extinta, y otras; con que se apartô de los protestos, y prorrogô su jurisdicion con el hecho de oponerlas, punctim Barbosa *in prax. exig. pens. quæst. 7. nu. 17.* ibi: *Quia respondetur adversarium, approbasse illius executoris iurisdictionem, dum coram eo super meritis causæ principalis exceptiones opposuit, & quamvis protestatus fuisset, se id facere absque approbatione iurisdictionis, tamen protestatio huiusmodi tanquam contraria facto, nihil operatur.* Luego bien se asienta en el principio desta alegacion, que no ay apelacion interpuesta, que suspenda la execucion de la sentencia, que diô el Executor por el pensionista; Y asi quando el Consejo no quiera entrar en la averiguacion de las opiniones que refiere Carleval *de iudicijs lib. 1. tit. 3. disp. 3. nu.* 41. podrà con estos principios resolver esta question, y no admitir la ponderacion de la duda, que es el fundamento mas principal de la otra parte. Ex quibus parece que està en caso de revocacion, como por el pensionista se suplica. Salvo &c.

Iosephus Ozcariz, & Belez.
Advocatus Fiscalis, & Patrimonialis.